



An den
Landtag Brandenburg
Alter Markt 1
14467 Potsdam



Einschreiben mit Rückschein

7. Oktober 2019

**Wahleinspruch
gegen die Gültigkeit der Wahl zum Landtag Brandenburg
am 1. September 2019**

Gemäß § 4 Absatz 1 Ziffer 3 des brandenburgischen Wahlprüfungsgesetzes (WPrüfG) in Verbindung mit Art. 63 der Verfassung des Landes Brandenburg erheben wir hiermit

E I N S P R U C H

gegen die Gültigkeit der Wahl zum Landtag Brandenburg vom 01.09.2019,

weil die in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Wahlgesetzes für den Landtag Brandenburg (BbgLWahlG) festgeschriebene unkompensierte Sperrklausel in verfassungswidriger Weise in das Grundrecht auf Gleichheit der Wahl nach Art. 22 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung des Landes Brandenburg sowie nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) eingreift und somit ein Wahlfehler von erheblichem Gewicht aufgetreten ist, der auch Mandatsrelevanz besitzt.

I. Zulässigkeit des Einspruchs

Der Einspruch ist zulässig. Bei der Landtagswahl 2019 waren die Unterzeichner – [REDACTED], geboren am [REDACTED] in [REDACTED], Staatsangehörigkeit deutsch, wohnhaft [REDACTED], sowie [REDACTED], geboren am [REDACTED] in [REDACTED], Staatsangehörigkeit deutsch, wohnhaft [REDACTED] – im Bundesland Brandenburg wahlberechtigt. Die Einspruchsberechtigung nach § 3 des Gesetzes über die Prüfung der Wahlen zum Landtag des Landes Brandenburg (Wahlprüfungsgesetz/ WPrüfG) ist somit gegeben. Der Einspruch wurde zudem fristgerecht innerhalb der Sechs-Wochen-Frist eingereicht (§ 2 Abs. 1 WPrüfG).

II. Begründung des Einspruchs

Die in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Wahlgesetzes für den Landtag Brandenburg (Brandenburgisches Landeswahlgesetz / BbgLWahlG) verankerte Sperrklausel sorgt – jedenfalls in der dort definierten Form als "unkompensierte Sperrklausel" – dafür, dass unter bestimmten Bedingungen ein Teil der abgegebenen Stimmen unberücksichtigt bleibt. Somit ist für diese Stimmen die in Art. 22 Abs. 3 Satz 1 der Verfassung des Landes Brandenburg sowie die in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vorgeschriebene Gleichheit der Wahl nicht gegeben.

Dieser Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht auf gleiche Wahl ist verfassungswidrig, weil er unnötig und damit unverhältnismäßig ist. Es steht ein zweifelsfrei milderes und gleich geeignetes Mittel zur Verfügung, um den Schutzzweck der Sperrklausel mit einer geringeren Eingriffsintensität zu erreichen. Die Sperrklausel ließe sich auf einfache Weise um den sogenannten Dualwahl-Mechanismus ergänzen, der zu einer stärkeren Wahrung von Grundrechten führt, ohne den eigentlichen Schutzzweck der Sperrklausel zu tangieren (siehe dazu ausführlich Abschnitt II.2).

Die Anfechtung der genannten gesetzlichen Regelung im Rahmen des Wahlprüfungsverfahrens ist zulässig, weil das Wahlergebnis in einer Weise verletzt wurde, die die Verteilung der Sitze beeinflusst (vgl. § 4 Abs. 1 Ziffer 3 WPrüfG). Bei einem verfassungsgemäßen Wahlrecht wäre es mit einer sehr großen Wahrscheinlichkeit zu einer anderen Verteilung der Sitze gekommen (siehe Abschnitt II.5).

II.1. Zum verfassungsrechtlichen Konzept des milderen Mittels

Die Einschränkung von Grundrechten durch ein Gesetz ist nur in dem Umfang zulässig, wie dieser Eingriff tatsächlich erforderlich ist, um ein anderes, min-

destens ebenso hochstehendes Verfassungsziel zu erreichen. Kann dieses Ziel genauso gut durch eine alternative Maßnahme erreicht werden, die mit geringeren Beschneidungen von Grundrechten einhergeht, so stellt die Alternativmaßnahme ein "milderes Mittel" dar. Existiert zweifelsfrei ein milderes Mittel, ist der Gesetzgeber verpflichtet, dieses Instrument anstelle der ursprünglichen, nun nicht mehr erforderlichen Lösung einzusetzen.

Dies ist gefestigte Meinung in der juristischen Literatur.¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hat diesen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immer wieder in seiner Rechtsprechung angewendet, wie beispielsweise in einem Beschluss von 1994: "Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz [muss] erforderlich sein [...]; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können".²

Auch für den Bereich des Wahlrechts hat das Bundesverfassungsgericht die Relevanz des milderen Mittels stets betont, wie z.B. aus folgendem Zitat ersichtlich ist: "Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt die vom egalitären Demokratieprinzip geprägte formale Wahlrechtsgleichheit ... Differenzierungen nur bei Rechtfertigung durch zwingende Gründe zu. [...] 'Zwingend' im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können auch Gründe für eine Differenzierung sein, deren Zweck daran ausgerichtet ist, die staatspolitischen Ziele einer Parlamentswahl zu verfolgen oder Störungen des Staatslebens entgegenzuwirken. Durch die Verfolgung eines solchen Zwecks kann die Beeinträchtigung der formalen Wahlrechtsgleichheit aber nur insoweit gerechtfertigt werden, als die Differenzierung zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist. [...] Ein zwingender Grund für eine Ungleichbehandlung von Wählerstimmen liegt daher nicht ... vor, wenn der Gesetzgeber seinen Zweck auch durch Maßnahmen verfolgen kann, die eine Differenzierung ohne Beeinträchtigung anderer von der Verfassung geschützter Belange vermeiden".³

Laut dieser seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechung greifen Sperrklauseln in die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und somit in die Gleichheit der Wahl ein; auch die Chancengleichheit der Parteien ist damit zwangsläufig tangiert.⁴ Der "zwingende Grund", welcher Sperrklauseln verfassungsrechtlich erst legitimiert, wird üblicherweise darin gesehen, dass (nur) durch sie ein Schutz vor Parteienzersplitterung und vor einer Funktionsunfähigkeit der Parlamente gewährleistet werden kann. Ein milderes Mittel müsste also diesen Schutzzweck mindestens ebenso gut erfüllen bei gleichzeitig geringeren Eingriffen in Grundrechte.

¹ Vgl. z.B. Mike Wienbracke: "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", in: Zeitschrift für das Juristische Studium/ZJS, Heft 2/2013, S. 151.

² BVerfGE 90, 145 [172 f.].

³ BVerfGE 95, 335 [376 f.].

⁴ BVerfGE 85, 264 [297].

II.2. Die Dualwahl als milderer Mittel

II.2.a Beschreibung der Dualwahl

Die Dualwahl ist eines jener Wahlverfahren, bei dem eine Sperrklausel um einen kompensierenden Mechanismus ergänzt wird, welcher die Gleichheit der Wahl entscheidend verbessert oder sogar vollständig wiederherstellt. Sie ist verwandt mit der Idee der Ersatzstimme, unterscheidet sich von dieser aber durch wichtige Details.⁵

Bei der Dualwahl wird die Zweitstimme gedanklich in zwei Wahlgänge aufgeteilt: Einen "Hauptwahlgang" mit einer Hauptstimme sowie einen "Stichwahlgang" mit einer Stichstimme. Im Hauptwahlgang wird ermittelt, welche Parteien die im Wahlgesetz definierte Sperrhürde übersprungen haben. Nur diese Parteien qualifizieren sich für die Teilnahme am Stichwahlgang, durch welchen die Sitzverteilung im Parlament festgelegt wird. Beide Wahlgänge werden in einer einzigen Stimmabgabe zusammengefasst, d.h. die Wähler und Wählerinnen geben ihr Votum für jeden der beiden virtuellen Wahlgänge zeitgleich ab. Dies geschieht wie folgt:

Die Wähler/innen kennzeichnen ihre bevorzugte Partei standardmäßig mit einem Kreuz (hilfsweise ist für die bevorzugte Partei auch die alternative Kennzeichnung '1' zulässig). Des Weiteren können sie – müssen aber nicht – eine weitere Partei mit der Ziffer '2' kennzeichnen; die auf diese Weise festgelegte Zweitpräferenz soll im Folgenden als "Stimmverfügung" bezeichnet werden. Sie wird nur relevant, falls die bevorzugte Partei nicht im Stichwahlgang vertreten ist.

Bei der Ermittlung des Wahlergebnisses wird die Stimmverfügung dann nicht berücksichtigt, wenn die mit der Hauptstimme gewählte Partei die Sperrhürde überwunden hat. Dann zählen Hauptstimme und Stichstimme automatisch für dieselbe Partei, unabhängig davon, ob auf dem Stimmzettel eine weitere Partei mit '2' gekennzeichnet worden ist. Ist hingegen die mit der Hauptstimme gewählte Partei an der Sperrhürde gescheitert, entspricht die Stichstimme automatisch der Stimmverfügung, sofern eine solche auf dem Stimmzettel angegeben wurde und sofern die Stimmverfügung auf eine Partei ausgestellt ist, die in der Stichwahl auch tatsächlich vertreten ist.

Das Aussehen der Stimmzettel kann nahezu unverändert bleiben. Nur die Hinweise im Kopf des Dokuments sind anzupassen - siehe z.B. das nachfolgend abgebildete Muster eines Dualwahl-Stimmzettels zur Bundestagswahl:

⁵ Der Hauptunterschied zwischen Dualwahl und Ersatzstimme (der am Ende auch zu einer abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung führt) besteht darin, dass die Ersatzstimme im Zweifel nur *eine* wirksame Stimme pro Wähler/in kennt, während bei der Dualwahl die Wählenden explizit *zwei* Stimmen vergeben (können); siehe: <http://dualwahl.de/#ersatzstimme> sowie <http://dualwahl.de/ersatzstimme.htm>.

Wahl eines/einer Abgeordneten für den Wahlkreis

Kennzeichnen Sie die bevorzugte Person mit einem Kreuz (X)

Wahl einer Landesliste (relevant für die Zusammensetzung des Bundestages)

Kennzeichnen Sie die bevorzugte Partei mit einem Kreuz (X)

Sie können zusätzlich eine weitere Partei mit der Ziffer 2 kennzeichnen.

1	Dr. Harbarth, Stephan <small>MdB / Rechtsanwalt Mühlhausen</small>	CDU <small>Christlich Demokratische Union Deutschlands</small>	<input type="radio"/>	
2	Dr. Castellucci, Lars <small>MdB / Hochschulprofessor Wiesloch</small>	SPD <small>Sozialdemokratische Partei Deutschlands</small>	<input type="radio"/>	
3	Kilic, Memet <small>Jurist</small>	BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	<input type="radio"/>	

<input type="radio"/>	CDU	<small>Christlich Demokratische Union Deutschlands Dr. Wolfgang Schäuble, Annette Widmann-Mauz, Volker Kauder, Nina Wankler, Ingo Weizenreuther</small>	1
<input type="radio"/>	SPD	<small>Sozialdemokratische Partei Deutschlands Loni Breyer, Christian Lange, Rita Schwarzelühr-Futter, Lothar Binding, Hildegard Matthies</small>	2
<input type="radio"/>	GRÜNE	<small>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Kerstin Antreas, Cem Özdemir, Sylvia Kotting-Uhl, Dr. Gerhard Schick, Agnes Brugger</small>	3

Abb. 1: Muster-Stimmzettel mit Dualwahl-Mechanismus⁶

Die Auszählung in den Wahllokalen unterscheidet sich von der bislang bekannten Auszählung nur dadurch, dass die kleine Gruppe jener Stimmzettel, die eine Kennzeichnung '2' enthalten, ein weiteres Mal ausgezählt werden muss; die Anzahl der dabei festgestellten Kombinationen wird notiert.

Es sei betont, dass weder bei der Stimmabgabe noch bei der Auszählung besondere Schwierigkeiten zu erwarten sind. Insbesondere ist nicht zu erwarten, dass sich die Anzahl der ungültigen Stimmen nennenswert erhöht, weil bei der Abgabe der Hauptstimme keine Veränderungen zum gewohnten Verfahren eintreten würden. Auch hätte rational gesehen ja nur ein kleiner Teil der Wähler/innen überhaupt einen Anreiz, die Kennzeichnung '2' zu vergeben. Falls es tatsächlich in Einzelfällen zu einer unzulässigen Stimmabgabe käme, welche eine Teil-Ungültigkeit der Stichstimme nach sich ziehen würde, wären die betroffenen Wähler/innen dennoch nicht schlechter gestellt, als wenn sie nach dem bisherigen System hätten wählen müssen.

Eine genaue Definition des wahlrechtlichen Instruments der Dualwahl sowie weitere Erläuterungen zum praktischen Ablauf des Wahlverfahrens können der Website <http://www.dualwahl.de> entnommen werden.

⁶ Quelle: <http://www.dualwahl.de/#praxis>.

II.2.b Die Dualwahl in verfassungsrechtlicher Beurteilung

Bei der Dualwahl kommt – trotz der weiterhin existierenden Sperrklausel – jeder abgegebenen Stimme in beiden Wahlgängen ein uneingeschränkter Erfolgswert zu. Im Hauptwahlgang fließt in die Ermittlung, welche Parteien die Qualifikation für den Stichwahlgang geschafft haben, jede Stimme mit genau dem gleichen Gewicht mit ein. Auch im Stichwahlgang kann jede wirksam abgegebene Stimme ihren vollen Erfolgswert entfalten, weil alle der dort noch zur Wahl stehenden Parteien per Definition in das Parlament einziehen. Ist auf dem Stimmzettel neben der Hauptstimme keine weitere Partei gekennzeichnet oder ist eine Partei gekennzeichnet, die nicht im Stichwahlgang vertreten ist, so hat der/die betreffende Wähler/in nicht am Stichwahlgang teilgenommen und dort keine Stimme abgegeben. Bei einer nicht abgegebenen Stimme kann jedoch die Frage des Erfolgswerts logischerweise nicht tangiert sein. Somit wird also die Gleichheit der Wahl durch die Dualwahl vollständig wiederhergestellt.

Einzig dort, wo jemand unabsichtlich nicht an der Stichwahl teilnimmt, weil unzutreffenderweise davon ausgegangen wurde, dass die mit '2' gekennzeichnete Partei das Sperrquorum überwinden würde, ergibt sich aus der subjektiven Sicht der Betroffenen keine Verbesserung gegenüber dem Status quo. Um auch in einem solchen Szenario die Gleichheit der Wahl vollständig zu gewährleisten, müsste man jedoch lediglich eine "Extendierte Dualwahl"⁷ einführen, bei der die Wähler/innen weitere nachrangige Präferenzen ('3', '4' usw.) vergeben dürfen.

Entscheidet man sich aus Praktikabilitätsgründen gegen eine solche System-Erweiterung, so bleibt dennoch der Befund bestehen, dass die Dualwahl die Gleichheit der Wahl in einem gravierenden Ausmaß verbessert gegenüber dem geltenden Landtagswahlrecht. Denn die Wähler/innen von kleinen Parteien, deren Stimmen bisher bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt worden sind, würden die Chance erhalten, im Stichwahlgang doch noch Einfluss auf die Zusammensetzung des Parlaments nehmen zu können.

Da jede Differenzierung bei der Berücksichtigung von Wählerstimmen auch die Chancengleichheit der Parteien beeinträchtigt⁸, eröffnet dies einen weiteren Aspekt der potentiellen Verfassungswidrigkeit unkompensierter Sperrklauseln. So ist bekannt, dass sich ein Teil der Anhänger/innen von Kleinparteien bei der Stimmabgabe nicht zu ihrer tatsächlich bevorzugten Partei bekennt, weil sie ihre Stimme nicht "verschenken" möchten. Die so zu Ungunsten der kleinen bzw. neuen Parteien verzerrten Wahlergebnisse führen dazu, dass sich auch die Medien kaum für sie interessieren; vielmehr gibt es die "merkwürdig[e] Gewohnheit der allgemeinen Öffentlichkeit, fast nur die Stimmen in der öffentlichen Debatte teilnehmen zu lassen, die auch im Deutschen Bundestag Sitz und Stimme haben. Die

⁷ Siehe: <http://www.dualwahl.de#spezial>.

⁸ BVerfGE 95, 335 [389].

Parlamentswahl fungiert als eine Art Platzanweisung für legitimes öffentliches Sprechen mit der Konsequenz, dass das Scheitern an der Fünf-Prozent-Hürde gleichzeitig die Unsichtbarkeit in der öffentlichen Diskussion bedeutet".⁹

Aufgrund der medialen Missachtung können kleine Parteien unterproportional wenig Mitglieder und Politiker-Persönlichkeiten anziehen, erhalten durch die hieraus resultierenden schlechteren Wahlergebnisse weniger Mittel aus der staatlichen Parteienfinanzierung und sind durch das verpflichtende Sammeln von Unterstützungsunterschriften, welches personelle und zeitliche Kapazitäten bindet, zudem daran gehindert, im Wahlkampf mit den etablierten Parteien mitzuhalten. Für viele kleine Parteien endet dies in einem Teufelskreis politischer Bedeutungslosigkeit und hindert sie daran, in angemessener Weise dem in Art. 21 Grundgesetz enthaltenen Auftrag nachzukommen, als Partei an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Die Dualwahl hingegen würde kleinen und neuen Parteien eine faire Mitwirkung im politischen Wettbewerb ermöglichen und die Chancengleichheit der Parteien verbessern.

Des Weiteren wäre zu analysieren, ob auch der Grundsatz der Freiheit der Wahl durch die Dualwahl gefördert würde. Orientiert man sich an der Definition des Bundesverfassungsgerichts, der zufolge der Grundsatz der Wahlfreiheit "nicht nur eine Ausübung des Wahlrechts ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen sichert (...), sondern auch eine Gestaltung des Wahlverfahrens verbietet, das die Entschließungsfreiheit des Wählers in einer innerhalb des gewählten Wahlsystems vermeidbaren Weise verengt"¹⁰, dann ist im geltenden Landeswahlrecht die Freiheit der Wahl bisher nur unvollkommen gewahrt. Denn die Einengung der Entschließungsfreiheit von Kleinparteianhängern durch die Sperrklausel ist – wie gezeigt – ebenso präsent, wie sie mit Hilfe eines ergänzenden Instruments wie z.B. der Dualwahl vermeidbar wäre.

Und schließlich hat laut Bundesverfassungsgericht jede Wahl auch "das Ziel, den politischen Willen der Wähler als einzelner zur Geltung zu bringen, also eine Volksrepräsentation zu schaffen, die ein Spiegelbild der im Volk vorhandenen politischen Meinungen darstellt"¹¹. Auch diese Forderung würde durch ein Dualwahl-System deutlich besser erreicht werden können als durch die unkompenzierte Sperrklausel. Denn die Abbildung des aggregierten Wählerwillens in den Stimmenergebnissen würde künftig nicht mehr dadurch verfälscht werden, dass ein Teil der Wählerschaft aus Angst vor dem Verlust der Stimme nicht die in Wahrheit bevorzugte Partei wählt; vielmehr wären die Ergebnisse der Dualwahl ein höchst zutreffendes Spiegelbild der tatsächlichen politischen Präferenzen der Wähler.

⁹ Christoph Schönberger: Lob der Fünfprozenthürde, VerfBlog, 2013/9/27, online unter: <https://verfassungsblog.de/lob-fuenfprozenthuerde/>.

¹⁰ BVerfGE 95, 335 [350].

¹¹ BVerfGE 6, 84 [92].

Im Vergleich mit den bekannten Nebenwirkungen der herkömmlichen, d.h. unkompenzierten Sperrklausel (als da wären: die Einschränkung der Gleichheit der Wahl, die Einschränkung der Chancengleichheit der Parteien, die Einschränkung der Freiheit der Wahl sowie eine mangelhafte Abbildung des Wählerwillens in den Wahlergebnissen) ist die Dualwahl somit ein zweifelsfrei milderes Mittel.

Als Nächstes ist die Frage zu untersuchen, ob sie auch ein zweifelsfrei gleich geeignetes Mittel ist. Dazu müsste ein Sperrklauselsystem mit Dualwahl-Mechanismus das ureigene Ziel jeder Sperrklausel – nämlich das Parlament vor einer zu großen Parteienzersplitterung zu schützen und die Handlungsfähigkeit der Regierung sicherzustellen – genauso gut erreichen wie die aktuell geltende, unkompenzierte Sperrklausel.

Fakt ist, dass in beiden Systemen nur Parteien in das Parlament hineingelassen werden, die einen Rückhalt von mindestens x Prozent in der Bevölkerung haben. In diesem Punkt ist also von einem identischen Zielerreichungsgrad auszugehen.

Die Dualwahl erhöht per se auch nicht die Wahrscheinlichkeit, dass die Zahl der im Parlament vertretenen Parteien zunimmt und auf diese Weise eine Parteienzersplitterung gefördert würde bzw. das Regieren schwieriger werden würde als im Status quo. Zwar ist es richtig, dass Ersatzstimme und Dualwahl die Durchlässigkeit der Sperrhürde fördern; dies wirkt sich jedoch in *beide* Richtungen aus. Durch die neuen Wahlrechtsinstrumente würde es zwar einerseits etwas einfacher werden, in das Parlament hineinzukommen; es würde aber andererseits auch etwas einfacher werden, aus dem Parlament herauszurutschen. Denn in der Vergangenheit haben Sperrklauseln oft genug den Effekt gehabt, einer Partei zum Verbleib im Bundestag oder Landtag zu verhelfen, indem der drohende Ausschluss aus dem Parlament eine große Wählermobilisierung ermöglichte¹² und/oder indem z.B. der größere Koalitionspartner seinen Anhängern empfahl, dem kleineren Partner sogenannte "Leihstimmen" zukommen zu lassen. In einem Dualwahl-System gäbe es hierzu weniger Anreize.

Selbst wenn sich die Zahl der in den Landtag einrückenden Parteien tendenziell erhöhen sollte, müsste dennoch eine nicht nur abstrakt konstruierte, sondern eine tatsächlich zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments hinzutreten. Das Bundesverfassungsgericht hat dies 2008 so formuliert: "[D]ie allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, [kann jedenfalls] einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen. Deshalb genügt die bloße 'Erleichterung' oder 'Vereinfachung' der Beschlussfassung nicht. Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funk-

¹² Dazu maßgeblich beigetragen hat der in Abschnitt II.5 bzw. Fußnote 48 erwähnte "Jackpot-Effekt".

tionsfähigkeit der Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen".¹³ Zu beachten ist auch, dass sich die Veränderungen bei der Willensbildung im Parlament über einen längeren Zeitraum hinziehen würden, so dass der Gesetzgeber im Fall einer drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Landtages rechtzeitig das Wahlrecht ändern und diese Entwicklung stoppen könnte.¹⁴

Nun wird gelegentlich eingewendet, dass sich die systemstabilisierenden Effekte der Sperrklausel nicht nur aus ihrer offiziellen Hauptwirkung (der Zugangsbeschränkung in Höhe des Sperrquorums) ergeben, sondern dass auch die sogenannte Vorwirkung¹⁵ der Sperrklausel mit berücksichtigt werden müsse. Darunter versteht man den Effekt, dass viele Anhänger/innen von Kleinparteien sich angesichts des drohenden "Verlusts" ihrer Stimme dafür entscheiden, statt ihrer eigentlichen Lieblingspartei eine der mit Sicherheit im Landtag vertretenen Parteien zu wählen. Dieser Kanalisierungseffekt bei der Wahlentscheidung wird von manchen Wissenschaftlern als zusätzliche Daseinsberechtigung der Sperrklausel angesehen, weil auf diese Weise der "Charakter der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes"¹⁶ gefördert würde.

Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass diese Anforderung von der Dualwahl sogar noch besser erfüllt werden kann als von der Status-Quo-Sperrklausel. Denn in der Stichwahl würden die in das Parlament einziehenden Parteien nicht nur die Stimmen derjenigen Kleinparteianhänger/innen erhalten, die schon im geltenden System ihre wahre Parteienpräferenz verleugnet haben und lieber "groß" statt "klein" gewählt haben – sie würden vielmehr darüber hinaus auch aus dem Lager der eingefleischten Kleinparteianhänger/innen, die bisher dem "Argument der verlorenen Stimme" getrotzt haben, Stimmen in vermutlich größerer Zahl¹⁷ erhalten. In absoluten Zahlen würden die Parlamentsparteien folglich deutlich mehr Stimmen erhalten als bisher, worin man eine höhere demokratische Legitimation erkennen kann. Und nicht nur ist dieser integrierende Effekt zahlenmäßig höher als die Vorwirkung der Sperrklausel; er kommt zudem rein freiwillig zustande und bedarf nicht eines bedenklichen psychologischen Druckmittels wie des "Arguments der verlorenen Stimme".

¹³ BVerfGE 129, 300 (323)

¹⁴ Philipp Barlet (vgl. Fußnote 27), ZJS 2/2018, S. 187.

¹⁵ Vgl. Karl-Ludwig Strelen, in: Wolfgang Schreiber, BWahlG – Kommentar zum Bundeswahlgesetz, 10. Aufl. 2017, § 6 Rn. 37.

¹⁶ BVerfGE 6, 84 [93].

¹⁷ Vgl. Frederic Graeb/Angelika Vetter: "Ersatzstimme statt personalisierter Verhältniswahl – Mögliche Auswirkungen auf die Wahlen zum Deutschen Bundestag", in: Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl), Heft 3/2018, S. 552-563. Die Autoren stellten in ihren Wahlsimulationen fest, dass knapp 6 von 10 Wähler(inne)n, die für eine Kleinpartei stimmten, bei Existenz einer Ersatzstimmenoption ihre Ersatzstimme für eine der im Parlament vertretenen Parteien abgegeben hätten. Denn während in der herkömmlichen Wahlumgebung mit Zweitstimme 4,00 Prozent der Wähler eine Kleinpartei wählten, haben nach Einführung einer Ersatzstimme nur noch 1,69 Prozent sowohl ihre Hauptstimme als auch ihre Ersatzstimme für eine (andere oder dieselbe) Kleinpartei abgegeben (siehe Tab. 1, S. 558).

Als Ergebnis der verfassungsrechtlichen Untersuchung bleibt festzuhalten, dass die Dualwahl die Gleichheit der Wahl wiederherstellen würde (je nach Ausgestaltung weitestgehend oder vollständig) sowie weitere verfassungspolitisch gebotene Ziele besser erreichen würde als die Status-quo-Sperrklausel, während auf der anderen Seite der Schutzzweck der Sperrklausel mindestens ebenso gut erfüllt würde und auch keine sonstigen verfassungsrechtlich bedeutsamen Nebenwirkungen zu erwarten wären. Somit erfüllt die Dualwahl voll und ganz die Anforderungen eines gleich geeigneten mildereren Mittels.

II.3. Die BVerfG-Entscheidung vom 19.09.2017 zur Ersatzstimme

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang noch nicht mit dem Instrument der Dualwahl auseinandergesetzt. Es wäre dazu allerdings verpflichtet gewesen, weil die Verfügbarkeit von mildereren Mitteln *das* zentrale Argument eines Wahleinspruchs vom 21. November 2013 bzw. einer Wahlprüfungsbeschwerde desselben Verfassers vom 29. August 2014¹⁸ gewesen ist. Der Zweite Senat hat laut Beschluss vom 22.06.2016 (2 BvC 481/14) die Wahlprüfungsbeschwerde verworfen, ohne auf den diesbezüglichen Vortrag des Beschwerdeführers einzugehen.¹⁹

Untersucht hat das Bundesverfassungsgericht hingegen mittlerweile die Frage, ob das Instrument der "Ersatzstimme" – in der Wahlprüfungsbeschwerde hieß sie "Eventualstimme" – ein mildereres Mittel darstellt. Wie schon erwähnt sind Ersatzstimme und Dualwahl zwar verwandte Instrumente, die sich aber dennoch in wesentlichen Punkten voneinander unterscheiden (vgl. Fußnote 5).

In Bezug auf die Ersatzstimme hat das Gericht mit Beschluss vom 19.09.2017 (2 BvC 46/14) deren Eigenschaft als mildereres und gleich geeignetes Mittel angezweifelt und somit eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Einführung eines solchen Wahlsystems verneint. Dies geschah aus den nachfolgend zitierten Gründen²⁰:

a) "Die Einführung einer Eventualstimme [würde] die Komplexität der Wahl erhöhen, so dass eine Zunahme von Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen nicht ausgeschlossen erscheint".²¹

¹⁸ Björn Benken: "Wahleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013", <http://www.wahleinspruch.de>, bzw. "Wahlprüfungsbeschwerde", <http://www.wahlbeschwerde.de>.

¹⁹ Vgl. das Schreiben des Berichterstatters (<http://wahlreform.de/wb2016-bverfg.pdf>) sowie das Antwortschreiben des Beschwerdeführers: <http://wahlreform.de/wb2016.pdf>.

²⁰ Alle in der Entscheidung angeführten Gründe des Bundesverfassungsgerichts gegen eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Ersatzstimme wurden hier vollständig wiedergegeben; lediglich die Reihenfolge wurde leicht umgestellt und es wurde auf die Wiedergabe juristischer Quellenangaben bzw. Verweise auf andere Entscheidungen verzichtet.

²¹ 2 BvC 46/14, Rn. 81.

b) "Die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme [wäre] in relevantem Umfang mit Eingriffen in den Grundsatz der Wahlgleichheit ... verbunden. Dies gilt hinsichtlich der Erfolgswertgleichheit, falls sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme an Parteien vergeben werden, die jeweils die Sperrklausel nicht überwinden".²²

c) "Daneben erscheint die Eröffnung der Möglichkeit einer Eventualstimme aber auch mit Blick auf die Zählwertgleichheit nicht unproblematisch: Während die Stimmen derjenigen, die eine Partei wählen, die die Sperrklausel überwindet, nur einmal gezählt werden, ist dies bei Stimmen, mit denen in erster Priorität eine Partei gewählt wird, die an der Sperrklausel scheitert, nicht der Fall. Vielmehr wären sowohl die Haupt- als auch die Eventualstimme gültig. Die Hauptstimme würde bei der Feststellung des Wahlergebnisses berücksichtigt, wäre im Rahmen der staatlichen Parteienfinanzierung relevant und bliebe lediglich bei der Mandatsverteilung ohne Erfolg. Daneben wäre auch die Eventualstimme eine gültige Stimme, die beim Wahlergebnis berücksichtigt und zusätzlich bei der Mandatsverteilung Relevanz entfalten würde".²³

d) "Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit einem Eventualstimmrecht verfassungsrechtliche Bedenken unter den Gesichtspunkten der Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Wahl sowie der Unvereinbarkeit eines bedingten Votums mit dem Demokratieprinzip entgegenstehen".²⁴

"Mit Blick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl kann die Eventualstimme Probleme aufwerfen, weil letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird".²⁵

e) "Vor diesem Hintergrund lässt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Pflicht zur Einführung eines Eventualstimmrechts ableiten. Angesichts der ambivalenten Wirkungen einer Verbesserung der Integrationsfunktion der Wahl einerseits und einer erhöhten Komplexität und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs sowie der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl andererseits kann das Eventualstimmrecht nicht als zweifelsfrei 'gleich geeignetes, milderer Mittel' zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments angesehen werden".²⁶

Keines dieser Argumente kann überzeugen.²⁷ Der in **Punkt (c)** vermutete unterschiedliche Zählwert²⁸ der Stimmen lässt sich bei oberflächlicher Betrachtung

²² 2 BvC 46/14, Rn. 81.

²³ 2 BvC 46/14, Rn. 81.

²⁴ 2 BvC 46/14, Rn. 80.

²⁵ 2 BvC 46/14, Rn. 81.

²⁶ 2 BvC 46/14, Rn. 82.

²⁷ Zu diesem Schluss kommt auch die ausführliche Entscheidungsbesprechung von Philipp Barlet bezüglich des BVerfG-Beschlusses 2 BvC 46/14 vom 19.9.2017 in der Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Heft 2/2018, S. 179-188, online: http://zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_1206.pdf.

allenfalls für das Instrument der Ersatzstimme konstatieren. Bei der Dualwahl hingegen ist ein gleicher Zählwert garantiert, denn jede/r Wähler/in besitzt sowohl im Hauptwahlgang wie auch im Stichwahlgang genau eine Stimme!

Auch **Punkt (b)** trifft allenfalls auf die Ersatzstimme, nicht aber auf die Dualwahl zu. In einem Ersatzstimmensystem wird die Gleichheit der Wahl dort nicht wiederhergestellt, wo keine Ersatzstimme vergeben wurde oder wo die Ersatzstimme auf eine Partei fällt, die ebenfalls das Sperrquorum verpasst hat. Die Gleichheit der Wahl erhöht sich jedoch dort, wo Kleinparteienwähler mit ihrer Ersatzstimme eine Partei wählen, die im Parlament vertreten ist. An welcher Stelle allerdings die Ersatzstimme zu *neuen* Eingriffen in die Gleichheit der Wahl führen soll (siehe obiges **Zitat (e)**), erschließt sich aus der Begründung des Bundesverfassungsgerichts nicht.

Unabhängig davon, wie zutreffend die Argumentation des Gerichts in Bezug auf die Gleichheit der Wahl bei der Ersatzstimme ist, so läuft sie zumindest bei der Dualwahl völlig ins Leere – vgl. dazu die ersten beiden Absätze unter II.2.b.

Auch in **Punkt (d)**, wo ein eventueller Verstoß gegen die Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Wahl bzw. gegen das Demokratieprinzip thematisiert wird, verkennt das Gericht erstens das Wesen bzw. die Ausgestaltungsmerkmale des untersuchten Wahlsystems und versäumt es zweitens, die Situation eines Ersatzstimmensystems in Relation zum Status quo zu setzen.

Die Andeutung einer evtl. fehlenden Öffentlichkeit der Wahl erscheint konstruiert. Vielmehr kann auch bei der Ersatzstimme und der Dualwahl die Auszählung der Stimmen in *jedem* Wahllokal von der Öffentlichkeit verfolgt werden, und zwar in *allen* relevanten Schritten.²⁹ Es gibt bei der Dualwahl auch keine zwischengeschalteten Instanzen, welche die auf Wählerseite getroffenen Entscheidungen nachträglich beeinflussen und revidieren. Nur dann aber wäre der Vorwurf einer nicht-unmittelbaren Wahl gerechtfertigt.³⁰

Auch hinsichtlich der Behauptung, dass in einem Ersatzstimmensystem "letztlich andere Wähler darüber entscheiden, für wen eine Stimme abgegeben wird",

²⁸ Die Anforderung eines gleichen Zählwerts meint, dass keine Stimme bei der Erfassung mit mehrfachem Gewicht – oder umgekehrt: nur als Bruchteil – gezählt werden darf. Vgl. dazu folgende Definition der Zählwertgleichheit durch das Bundesverfassungsgericht: "Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben." (BVerfGE 129, 300 [318]).

²⁹ Vgl. <http://www.dualwahl.de#praxis>.

³⁰ "[D]em Grundsatz der unmittelbaren Wahl [ist] dann Genüge getan, wenn das Wahlverfahren so geregelt ist, dass jede abgegebene Stimme bestimmten oder bestimmbar Wahlbewerbern zugerechnet werden muss, ohne dass erst nach der Stimmabgabe noch eine Zwischeninstanz nach ihrem Ermessen die Abgeordneten endgültig auswählt." (BVerfGE 7, 63 [68]); vgl. weiterhin BVerfGE 47, 253 [281]. Vgl. ferner Barlet, a.a.O. (Fn. 27), S. 180 f.. Ähnlich auch der Wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags: "Einführung einer Ersatzstimme", Umdruck 18/5538 vom 15.07.2015, S. 5; online unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/5500/umdruck-18-5538.pdf>.

bleibt das Gericht eine Erklärung schuldig, was mit dieser Aussage gemeint sein könnte. Denn "*abgegeben*" wird eine Stimme (inklusive der nachrangigen Präferenz) bei der Dualwahl und Ersatzstimme stets *ausschließlich* vom Wähler bzw. der Wählerin selbst; keine fremde Person entscheidet darüber, für wen die Stimme abgegeben wird. Gemeint hatte das Gericht offenbar, dass andere Wähler/innen darüber entscheiden, für wen eine Stimme *zählt* – im Sinne von: für welche Partei eine Stimme letzten Endes wirksam wird. Dieser Vorbehalt bezüglich der Wirksamkeit einer Stimme bzw. Stimmverfügung wird aber nicht von Wählerseite gesetzt, sondern durch das Wahlsystem. Auch beim herrschenden Sperrklauselsystem gibt es den Vorbehalt im Wahlsystem, dass Stimmen nur dann berücksichtigt werden, wenn die Partei, auf die die Stimme entfällt, das Sperrquorum überwunden hat. Indem das Gericht dem Ersatzstimmensystem vorwirft, es ließe das Verhalten von anderen Wähler darüber entscheiden, für welche der gewählten Parteien eine Stimme wirksam wird, verkennt es, dass dieser Zustand schon ein großer Fortschritt wäre gegenüber dem Status quo, wo ja das Verhalten anderer Wähler darüber entscheidet, ob Stimmen *überhaupt wirksam* werden. Der Eingriff in die Unmittelbarkeit der Wahl, den das Bundesverfassungsgericht hier möglicherweise zu erkennen meint, würde sich durch den Übergang zu einem Dualwahlsystem folglich nicht vergrößern, sondern im Gegenteil verkleinern, so dass auch dieser Punkt untauglich ist, den Status der Dualwahl oder Ersatzstimme als milderer und gleich geeignetes Mittel anzuzweifeln.

Was schließlich **Punkt (a)** der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts betrifft, so ist dessen Wahrheitsgehalt schwer zu bestreiten – denn nach der Lebenserfahrung gibt es nur wenig Ereignisse, deren Eintritt man wirklich als "ausgeschlossen" bezeichnen würde. Dennoch geht das Argument am Thema vorbei; es hat aus mehrerlei Gründen keinen verfassungsrechtlichen Wert.

Zum einen hätte das Gericht nämlich näher begründen müssen, in welcher Größenordnung mit einer erhöhten Anzahl ungültiger Stimmen und Wahlenthaltungen aufgrund der Komplexität des Wahlverfahrens zu rechnen ist. Dass eine Modifikation des Wahlverfahrens überhaupt eine (vielleicht auch nur minimal kleine) Auswirkung auf diese beiden Größen haben kann, sollte unerheblich sein. Denn weder fördert die Minimierung von ungültigen Stimmen und Wahlenthaltungen die Funktionsfähigkeit des Parlaments noch handelt es sich hierbei um ein ausdrücklich geschütztes und vor allem gewichtiges Verfassungsgut.³¹ Insofern ist dieses Kriterium im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung grundsätzlich irrelevant.

³¹ Laut Bundesverfassungsgericht müssen sich Differenzierungen im Wahlrecht entweder als von Verfassung wegen notwendig darstellen oder wenigstens durch Gründe gerechtfertigt sein, "die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann" (BVerfGE 135, 259 [286]).

Erst wenn die zu erwartende Beeinträchtigung so gravierend wäre, dass dadurch die Legitimität der Wahl in Zweifel stände und damit das Demokratieprinzip (Art. 20 GG) in Gefahr wäre, würde dieses Kriterium das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung beeinflussen. Dies jedoch ist nicht zu erwarten, zumal die Abgabe der Hauptstimme mittels eines Kreuzes für die Lieblingspartei exakt dem jahrzehntelang gewohnten Modus der Stimmabgabe entspricht, so dass zumindest nicht mit einer höheren Zahl ungültiger Hauptstimmen zu rechnen ist. Zusätzliche ungültige Stimmen würden allenfalls im Stichwahlgang auftreten, und hiervon wären ausschließlich Wählergruppen betroffen, die von der Wahlrechtsänderung überhaupt erst begünstigt werden. Würde ihre Stichstimme unwirksam, wären sie nicht schlechter gestellt als im Status quo; somit wäre dies im Rahmen der Grundrechteabwägung unschädlich. Im Übrigen sei hier auf das Urteil C-371/10 des Europäischen Gerichtshofs verwiesen, wonach ein milderer Mittel, welches ein Grundrecht – in jenem Fall ging es um das Grundrecht der Niederlassungsfreiheit – weniger stark einschränkt als die Ausgangsregelung, nicht allein deshalb als milderer Mittel ausscheidet, weil es den Begünstigten unter Umständen auch Nachteile bringen könne; vielmehr müsse das mildere Mittel dann eben so ausgestaltet sein, dass es den Betroffenen die Wahl lässt, ob sie es anwenden wollen oder nicht.³²

Auch empirisch deutet nichts darauf hin, dass ein Rangfolgewahlverfahren wie die Dualwahl zu nennenswert mehr Wahlenthaltungen und ungültigen Stimmen führt als der Status quo. Ein direkter Vergleich zwischen beiden Stimmabgabesystemen ist z.B. bei Europawahlen im Vereinigten Königreich möglich, weil in Nordirland die Abgeordneten mittels eines Rangfolgewahlverfahrens bestimmt werden, während in England, Schottland und Wales nach einem herkömmlichen Verhältniswahlrecht gewählt wird. Die Zahl der ungültigen Stimmen lag im Durchschnitt der Europawahlen 2004, 2009 und 2014 in Nordirland bei 1,1 Prozent, im restlichen Vereinigten Königreich bei 0,7 Prozent, in Deutschland bei 2,2 Prozent und in Irland, wo ebenfalls nach einem Rangfolgewahlsystem gewählt wird, bei 2,8 Prozent.³³ Es erscheint nicht von vornherein klar, welche Schlüsse aus dieser doch recht heterogenen Datenlage zu ziehen sind; auf jeden Fall müssten die Details der jeweiligen Wahlsysteme, die unterschiedlich hohen Wahlbeteiligungen (in Irland z.B. durchschnittlich 56,3 Prozent bei den genann-

³² EuGH, C-371/10 (National Grid Indus BV), Urteil vom 29.11.2011, Rn. 73; auch online unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115461&doclang=DE>. Zum Hintergrund vgl. Michael Schaden: Konzernstrukturierung und Europarecht, Vortrag auf dem Hamburger Forum für Unternehmensteuerrecht 2012, S. 8-10 (auch online veröffentlicht unter: http://forum-unternehmensteuerrecht.de/files/hfu/dokumente/hfu2012/vortraege/Vortrag_Schaden.pdf).

³³ Quelle: Eigene Berechnungen anhand des folgenden Datenmaterials:

<http://electionsireland.org/results/europe>

http://europarl.europa.eu/unitedkingdom/en/your-meps/european_elections/previous_election_results/electionresults2009/

[https://en.wikipedia.org/wiki/European_Parliament_election,_2014_\(United_Kingdom\)](https://en.wikipedia.org/wiki/European_Parliament_election,_2014_(United_Kingdom))

<https://bundeswahlleiter.de/europawahlen/2014.html>

<https://bundeswahlleiter.de/europawahlen/2004.html>.

ten Europawahlen, in Deutschland nur 44,7 Prozent) und andere regionale Besonderheiten in die Analyse mit einbezogen werden. Wenn sich die These einer Zunahme ungültiger Stimmen überhaupt statistisch signifikant bestätigen lässt, dann legen die obigen Daten doch zumindest den Eindruck nahe, dass bei einem Rangfolgewahlverfahren wie der Ersatzstimme das Ausmaß dieses Effekts nicht unvertretbar hoch ausfallen würde.³⁴

Gegebenenfalls wäre eine Abwägung zu treffen, innerhalb welcher Grenzen die Unterschiede zum Status quo zu tolerieren sind oder nicht. Während eine Vervielfachung der Anzahl ungültiger Stimmen sicherlich als kritisch anzusehen wäre, dürfte eine prognostizierte Erhöhung um nur wenige Zehntelprozentpunkte angesichts der deutlich verbesserten Grundrechte-Situation unerheblich sein. Mit ähnlicher Argumentation sollte z. B. auch der Umstand einer (leicht) verlängerten Auszählungsdauer hinter dem Ziel einer Wiederherstellung der Gleichheit der Wahl zurückzustehen haben.

Ein Ermessensspielraum des Gesetzgebers ist nur dort vorhanden, wo *gleichberechtigte* verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen sind (vgl. den Wortlaut des Zitats in Fußnote 31). Überhaupt hat das Bundesverfassungsgericht schon früh klargestellt, dass "die Freiheit des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Wahlrechts eingeengt [ist]; [ihm bleibt] .. nur ein gewisser Spielraum innerhalb des sonst weiten Bereichs für sein freies Ermessen".³⁵

Auch die neuere Rechtsprechung bestätigt, dass der Ermessensspielraum des Gesetzgebers überall dort einer besonders strengen verfassungsrechtlichen Kontrolle unterstellt ist, wo Eigeninteressen der Parteien im Spiele sind: "Die im ...[P]arlament vertretenen Parteien könnten an der Fünf-Prozent-Sperrklausel festhalten, um die Konkurrenz durch kleinere Parteien und ... Wählergemeinschaften möglichst klein zu halten... . Aus diesem Grund unterliegt auch die Ausgestaltung des Wahlrechts einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Der Gesetzgeber darf daher nicht frei darüber befinden, von welchem Wahrscheinlichkeitsgrad an er Funktionsstörungen in Betracht ziehen will. Andernfalls würde eine gerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen, einschließlich deren tatsächlicher Grundlagen, unmöglich gemacht".³⁶ Und an anderer Stelle: "Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen ... besonders enge Grenzen gezogen".³⁷ "Eine strenge Prüfung ist in-

³⁴ Nicht zuletzt muss auch berücksichtigt werden, dass keines der erwähnten Wahlsysteme die Option einer Enthaltung bzw. Nein-Stimme kennt, so dass ungültige Stimmen in vielen Fällen gar nicht auf Unwissen oder Versehen aufgrund einer zu hohen Komplexität des Wahlvorgangs zurückzuführen sind, sondern von Wählern vielmehr bewusst eingesetzt werden, um eine Unzufriedenheit mit sämtlichen angebotenen Alternativen oder dem politischen System im Allgemeinen auszudrücken.

³⁵ BVerfGE 4, 375 (382).

³⁶ BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008, Fn. 124.

³⁷ BVerfGE 85, 264 [297].

soweit auch deshalb erforderlich, weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird"³⁸ und "gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr [besteht], dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt".³⁹

II.4. Die Prüfpflichten des Landesgesetzgebers

Unabhängig von der Frage einer übergeordneten verfassungsgerichtlichen Kontrolle gesetzgeberischer Akte befindet sich der Gesetzgeber in puncto Sperrklausel in einer ständigen Prüfpflicht. Das BVerfG-Urteil vom 13.02.2008 formuliert dies sehr eindeutig: "Der Gesetzgeber ist ... verpflichtet, eine die Wahlgleichheit und die Chancengleichheit berührende Norm des Wahlrechts zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Norm durch neue Entwicklungen in Frage gestellt wird".⁴⁰ Und an anderer Stelle: "Eine zunächst verfassungsrechtlich unbedenkliche Vorschrift kann infolge einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse verfassungswidrig werden ... Da aber übereilte gesetzliche Neuregelungen im Interesse der Rechtssicherheit vermieden werden müssen, ist der Gesetzgeber erst dann von Verfassungs wegen zum Handeln verpflichtet, wenn die gewandelte Sachlage für ihn hinreichend deutlich erkennbar hervortritt ... und eine angemessene Zeit zur Prüfung und Anpassung verstrichen ist".⁴¹

Wissenschaftliche Neuentwicklungen sind hinreichende Begründungen für eine gewandelte Sachlage, und die Dualwahl ist eine solche wissenschaftliche Neuerung. Zwar wurde das mit der Dualwahl eng verwandte Konzept der Ersatzstimme bereits in den 1970er und 80er Jahren von Politikern vorgeschlagen⁴², doch hat es danach mehrere Jahrzehnte gedauert, bis die Idee tatsächlich eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Erst in diesem Jahrzehnt entstanden rechtswissenschaftliche bzw. politikwissenschaftliche Publikationen, die sich ausschließlich dem Thema Ersatzstimme widmeten.⁴³ Die Dualwahl tauchte 2013 zum ersten Mal in einer Veröffentlichung auf.⁴⁴

³⁸ BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008, Rn. 103.

³⁹ BVerfG 2 BvK 1/07 vom 13.2.2008, Rn. 124; zuletzt: 2 BvC 46/14 vom 19.9.2017, Rn. 63.

⁴⁰ 2 BvK 1/07, Rn. 110.

⁴¹ BVerfGE 95, 335 [405].

⁴² Entsprechende Passagen finden sich in Arbeiten von Werner Speckmann, Eckhard Jesse, Hans Meyer, Joachim Linck sowie ausführlich bei Ulrich Wenner ("Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland", Frankfurt a.M. 1986, S. 412-416) und Ernst Becht ("Die 5%-Klausel im Wahlrecht • Garant für ein funktionierendes parlamentarisches Regierungssystem?", Stuttgart 1990).

⁴³ Beispielhaft sei hier die Artikelreihe von Hermann K. Heußner in der LKRZ erwähnt ("Die 5%-Sperrklausel: Nur mit Hilfsstimme! – Zur Evaluation des Wahlrechts im Saarland und darüber hinaus", Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht, Ausgabe 1/2014, S. 7-12 und 2/2014, S. 52-57) sowie der

Versäumt der Landtag seine Prüfpflichten, kann ihm das Landesverfassungsgericht einen entsprechenden Prüfauftrag erteilen. So geschah es z.B. im Saarland, wo der dortige Verfassungsgerichtshof dem Landtag den Auftrag erteilte, die fortdauernde Erforderlichkeit der unkompensierten Sperrklausel zu belegen. Der Prüfauftrag umfasste ausdrücklich auch die Untersuchung der Ersatzstimme als potentiell milderes Mittel.⁴⁵

II.5. Zur Frage der Mandatsrelevanz

Um die Gültigkeit einer Wahl erfolgreich anzufechten, genügt es nicht, einen Wahlfehler nachzuweisen. Vielmehr muss dieser Wahlfehler auch Auswirkungen auf die Sitzverteilung haben. Wo dies nicht zweifelsfrei nachweisbar ist, muss zumindest eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung konkrete und nicht ganz fernliegende Möglichkeit hierfür gegeben sein.⁴⁶

Diese Anforderung ist hier erfüllt. Denn an der Landtagswahl 2019 in Brandenburg haben 103.623 Wähler/innen teilgenommen, deren Stimmen bei der Sitzverteilung nicht berücksichtigt worden sind und somit in vermeidbarer Weise ihres Erfolgswertes beraubt wurden. Die Stimmen dieser Wähler/innen verteilten sich gemäß dem am 13. September 2019 vom Landeswahlausschuss festgestellten endgültigen Ergebnis der Wahl wie folgt auf die jeweiligen Parteien:

<i>Partei</i>	<i>Stimmen</i>	<i>Prozent</i>
FDP	51.660	4,08 %
Tierschutzpartei	32.959	2,61 %
Piraten	8.712	0,69 %
ÖDP	7.237	0,57 %
V-Partei ³	3.055	0,24 %
Summe	103.623	8,19 %

Tab. 1: Anzahl der unberücksichtigten Stimmen bei der Landtagswahl in Brandenburg 2019

Für viele dieser Wähler/innen hätte in einem System mit Ersatzstimme bzw. Dualwahl ein Anreiz bestanden, neben ihrer Erstpräferenz (welche im jetzigen System unberücksichtigt blieb, was zumindest bei einigen Parteien auch im

Artikel von Matthias Damm in der DÖV ("Die Nebenstimme bei Bundestagswahlen – Wer A sagt, darf auch B sagen?", in: Die Öffentliche Verwaltung 2014, S. 913-920).

⁴⁴ Björn Benken: "Wahleinspruch gegen die Wahl zum Deutschen Bundestag am 22. September 2013", online unter: <http://www.wahleinspruch.de>, Seite 20 ff..

⁴⁵ Vgl. die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Saarlands Lv 4/11 vom 29.9.2011, S. 73 ff.; außerdem Lv 3/12 vom 22.3.2012 und Lv 12/12 vom 18.3.2013, S. 10.

⁴⁶ BVerfGE 89, 243 [254] sowie BVerfGE 89, 291 [304].

vorhinein schon absehbar war) eine weitere Präferenz für eine im Landtag vertretene Partei abzugeben. Wenn man (a) die durchaus plausible Annahme trifft, dass 50 Prozent aller Kleinparteienwähler von der Option Gebrauch gemacht hätten, eine Zweitpräferenz auf dem Stimmzettel zu vergeben; und wenn man (b) des Weiteren annimmt, dass aus dieser Untergruppe die Hälfte der FDP-Wähler mit ihrer Zweitpräferenz für die CDU votiert hätten, wohingegen (c) die Hälfte der Wähler von Tierschutzpartei, ÖDP und V-Partei ihre Zweitpräferenz an die GRÜNEN verteilt hätten (siehe Spalte 5 in Tab. 2), und wenn man (d) annimmt, dass die restlichen Zweitpräferenzen proportional zum Hauptstimmenergebnis an alle Parteien gegangen wären (Spalte 6), dann würden sich in Tab. 2 Spalte 7 die Stichstimmen (sprich: die Erstpräferenzen laut Spalte 2 plus die eventuell wirksam werdenden Zweitpräferenzen gemäß Spalten 5+6) wie folgt ergeben:

Partei	Tatsächliches Ergebnis			Ergebnis mit Dualwahl (gemäß Annahmen)				
	Zweitstimmen	%	Sitze	Zweitpräfer. gezielt	Zweitpräfer. proport.	Stichstimmen	%	Sitze ⁴⁷
SPD	331.238	26,18	25	-	+7.352	338.590	27,96	25
AfD	297.484	23,51	23	-	+6.603	304.087	25,11	22
CDU	196.988	15,57	15	+12.915	+4.373	214.276	17,70	15
GRÜNE	136.364	10,78	10	+10.814	+3.028	150.206	12,40	11
LINKE	135.558	10,72	10	-	+3.011	138.569	11,44	10
BVB/FW	63.851	5,05	5	-	+1.418	65.269	5,39	5
FDP	51.660	4,08	-	-	+1.146	-	-	-
Tiersch.	32.959	2,61	-	-	+733	-	-	-
Piraten	8.712	0,69	-	-	+194	-	-	-
ÖDP	7.237	0,57	-	-	+160	-	-	-
V-Partei	3.055	0,24	-	-	+67	-	-	-
Summen	1.265.106	100,00	88	+23.729	+28.085	1.210.997	100,00	88

Tab. 2: Simulation der Ergebnisse der Landtagswahl in Brandenburg 2019, wenn ein Dualwahl-Mechanismus aktiv gewesen wäre

Bei der Interpretation dieser Tabelle ist zu beachten, dass es neben 28.085 wirksamen Stimmverfügungen (=Kennzeichnung '2') auch 2.300 unwirksame Stimmverfügungen gegeben hätte, die an Parteien gegangen wären, die nicht mehr im Stichwahlgang vertreten gewesen wären (in der Tabelle sind diese Zahlen eingegraut). Zudem hat laut der oben getroffenen Annahme (a) die Hälfte aller Kleinparteienwähler/innen (hier: 51.809) gar keine Zweitpräferenz abgegeben.

⁴⁷ Die neue Sitzverteilung wurde nach dem System Hare/Niemeyer (vgl. § 3 Abs. 3 BbgLWahlG) berechnet mit Hilfe des Online-Tools <http://www.arndt-bruenner.de/mathe/scripts/sitzverteilungen.htm>.

Die Tabelle zeigt, dass auf Basis der getroffenen Annahmen der Dualwahl-Mechanismus dazu geführt hätte, dass die AfD ein Mandat verloren hätte und die GRÜNEN ein Mandat hinzugewonnen hätten, während es bei den anderen Parteien keine Veränderungen gegeben hätte.

Die Aussage des letzten Halbsatzes ist allerdings nicht sonderlich stabil. Vielmehr bedarf es nur einer kleinen Änderung der Annahmen, um eine zusätzliche Verschiebung in der Sitzverteilung zu bewirken. Denn den obigen Annahmen (b) und (d) folgend hätten 14.926 FDP-Wähler mit ihrer Zweitpräferenz die CDU gewählt und 3.381 FDP-Wähler mit ihrer Zweitpräferenz die SPD. Hätten jedoch bloß 232 FDP-Wähler weniger als angenommen mit ihrer Zweitpräferenz SPD gewählt und stattdessen der CDU ihre Zweitpräferenz zukommen lassen, dann hätte die CDU ein Mandat mehr gewonnen, während der SPD statt 25 Mandaten rein rechnerisch nur noch auf 24 Mandate gekommen wäre. Dennoch hätte sie keinen Sitz verloren, weil dank ihrer 25 gewonnenen Direktmandate ein Überhangmandat entstanden wäre (welches nach dem geltenden Landeswahlgesetz auch nicht zu Ausgleichsmandaten an die anderen Parteien geführt hätte).

Des Weiteren ist zu beachten, dass die obigen Berechnungen implizit davon ausgehen, dass die Hauptstimmen im Dualwahlsystem exakt den Zweitstimmen des tatsächlichen Wahlergebnisses entsprechen. Dies allerdings ist unrealistisch. Ein System mit unkompensierter Sperrklausel kann – gerade wenn eine oder mehrere Parteien den Umfragen zufolge in unmittelbarer Nähe dieser Schwelle liegen – dazu führen, dass in größerem Umfang sogenannte "Leihstimmen" an die als wackelig geltenden Parteien vergeben werden, um Regierungskoalitionen zu retten, oder dass Wähler/innen es aus anderen Gründen als attraktiv empfinden, eine am Abgrund schwebende Partei zu unterstützen, so dass jene am Ende nur deshalb den Einzug in den Landtag schafft. Auch der umgekehrte Effekt kann eintreten, dass eine Partei den Einzug in den Landtag nur deshalb knapp verpasst, weil ein Teil ihrer Anhänger/innen den Verlust ihrer Stimme befürchtet und deshalb eine andere Partei wählt. In der Literatur sind diese beiden gegensätzlichen Effekte als "Jackpot-Effekt" bzw. "Papierkorb-Effekt" bekannt.⁴⁸

Folgt man diesen Gedanken, wäre es bezogen auf die Wahl in Brandenburg ein nicht auszuschließendes Szenario gewesen, wenn die BVB/Free Wähler durch den Dualwahl-Mechanismus unterhalb von 5 Prozent geblieben wären⁴⁹, während die FDP dank der Wahlrechtsänderung doch noch den Einzug in den Landtag geschafft hätte. Genauso gut hätte aber auch das Gegenteil eintreten können – also ein noch besseres Ergebnis für die BVB/Free Wähler und ein noch schlechteres FDP-Ergebnis aufgrund der Dualwahl. Welcher dieser Effekte eingetreten

⁴⁸ Vgl. <http://www.toter-stein.de/diverses/5prozent> (mit Simulationsrechnungen zur Höhe der Effekte)

⁴⁹ Das tatsächliche Ergebnis von BVB/Free Wähler lag mit 5,05 Prozent nur knapp über dem Sperrquorum; allerdings wäre die Partei dank des gewonnenen Direktmandats im Wahlkreis 14 (Barnim II) auch dann im Landtag vertreten gewesen, wenn sie die Sperrhürde nicht übersprungen hätte (Grundmandatsregelung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BbgLWahlG).

wäre, ist reine Spekulation... nur die Tatsache, dass das neue Wahlsystem zu einem anderen Wahlverhalten nicht nur bei der Zweitpräferenz, sondern auch bereits bei der Hauptstimme führen würde, dürfte unstrittig sein.⁵⁰ Dieser Befund führt tendenziell zu einer nochmals erhöhten Mandatsrelevanz, falls die unkompenzierte Sperrklausel durch eine verfassungsgemäße Lösung wie die Dualwahl ersetzt worden wäre.

Selbst auf die Höhe der Wahlbeteiligung hätte sich der Wechsel des Wahlsystems wahrscheinlich ausgewirkt. So kann man vermuten, dass manche Wähler/innen, die aus Frust zu Hause geblieben sind, weil sie absehen konnten, dass ihre Stimme bei der Sitzverteilung eh nicht berücksichtigt worden wäre, in einem System mit Dualwahl-Option – welches ihre Stimme plötzlich wieder mit Erfolgswert aufgeladen hätte – noch den Weg ins Wahllokal gefunden hätten.

Die obigen Überlegungen belegen, dass die Vermutung keineswegs unplausibel ist, dass es bei der Landtagswahl vom 1. September 2019 zu einer veränderten Sitzverteilung im Landtag – und zwar voraussichtlich gleich auf mehreren Positionen – gekommen wäre, wenn an Stelle der unkompenzierten Sperrklausel ein Sperrklauselsystem mit Dualwahl-Mechanismus eingeführt worden wäre. Im Gegenteil: Ein solches Szenario erscheint nach der allgemeinen Lebenserfahrung sogar in höchstem Maße wahrscheinlich.

III. Ergebnis

Das Wahlgesetz des Landes Brandenburg in seiner geltenden Fassung ist verfassungswidrig, weil es eine unkompenzierte Sperrklausel enthält, die die Gleichheit der Wahl in erheblicher Weise verletzt, obwohl mit der Dualwahl bzw. Ersatzstimme ein zweifelsfrei milderes und gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht.

Der festgestellte Wahlfehler ist von erheblichem Gewicht. Seine Korrektur würde mit einer sehr großen Wahrscheinlichkeit zu einer abweichenden Zusammensetzung des Parlaments führen.

⁵⁰ Vgl. Graeb/Vetter, a.a.O. (Fn. 17), S. 557 f. .